

Bestuurlijk gedogen en strafrechtelijk vervolgen

Citation for published version (APA):

Koning, H. (1997). Bestuurlijk gedogen en strafrechtelijk vervolgen. In *Spectraal recht?: De bevoegdheidsuitoefening door de overheid als rechtsfeit* Maastricht University. Juridische Reeks Universiteit Maastricht

Document status and date:

Published: 01/01/1997

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Bestuurlijk gedogen en strafrechtelijk vervolgen

door Henk Koning

1. Inleiding

Op 17 januari 1952 vernietigde de Kroon twee besluiten van het gemeentebestuur van Amsterdam (Stb. 1952, 32). Het ene besluit betrof een aanschrijving van B&W aan een woning-exploitant om percelen die zonder bouwvergunning waren verbouwd in de oorspronkelijke staat terug te brengen. Het tweede besluit dat werd vernietigd betrof een ongegrondverklaring door de gemeenteraad van het beroep dat tegen de aanschrijving was ingesteld.

De woningexploitant had de verbouwingswerkzaamheden uitgevoerd op basis van een zogenaamde 'voorlopige' bouwvergunning die door de gemeentelijke dienst voor bouw- en woningtoezicht was verstrekt. Maar zoals bekend bestaan er volgens de Woningwet geen 'voorlopige' bouwvergunningen. De verbouwing was dus eigenlijk zonder bouwvergunning gerealiseerd. Na kritiek vanuit de gemeenteraad hadden B&W, zonder eerst over de bouwaanvraag te beslissen, de exploitant aangeschreven de verbouwing ongedaan te maken. Toen de gemeenteraad het beroepschrift tegen deze aanschrijving afwees gaf greep de Kroon in. Het vernietigingsbesluit luidde (verkort):

"Overwegende, dat het in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur en mitsdien met het algemeen belang is de bouwer, die [...] redelijkerwijze mocht vertrouwen, dat hem de bouwvergunning zou worden verleend, te gelasten de aangebrachte veranderingen ongedaan te maken;

dat hieraan niet afdoet, dat de bedoelde praktijk (*van het verlenen van voorlopige bouwvergunningen, HK*) in strijd met de Woningwet is te achten; [...]

Hebben (Wij) goedgevonden en verstaan:
vorenbedoelde besluiten van burgemeester en wethouders en de raad van Amsterdam wegens strijd met het algemeen belang te vernietigen."

Deze formulering sloot aan bij artikel 185 van de oude gemeentewet, dat naast strijdigheid met de formele wet alleen strijdigheid met het *algemeen belang* als vernietigingsgrond kende.

De hier gememoreerde zaak toont ons enkele kenmerken van een verschijnsel dat sinds de oratie van Van Buuren in 1988 volop in de rechtswetenschappelijke belangstelling staat: het gedogen.¹ In Amsterdam 'gedoogden' B&W dat er bouwwerkzaamheden plaatsvonden zonder de benodigde bouwvergunning, mits

1 P.J.J. van Buuren, *Gedogend besturen*, Deventer 1988

die wel was aangevraagd en naar verwachting ook zou worden verleend. Zij wilden kennelijk niet dat mensen met bouwplannen gedupeerd zouden worden door de gemeentelijke onmacht om binnen een redelijke tijd bouwaanvragen af te handelen. Het gedogen van een onwettige situatie vond uitdrukking in een verklaring die een 'voorlopige bouwvergunning' werd genoemd.

Wat is gedogen?

Gedogen is dus eigenlijk een oogluikend of uitdrukkelijk toestaan van een onwettige handeling of een onwettige situatie. Dit toestaan gebeurt door een overheid die formele bevoegdheden heeft om tegen een dergelijke handeling of situatie op te treden. Deze bevoegdheden kunnen strafrechtelijke bevoegdheden zijn of bestuursrechtelijke bevoegdheden. Bij strafrechtelijke bevoegdheden moet men denken aan de verbaliseringsbevoegdheid van opsporingsambtenaren en de vervolgingsbevoegdheid van officieren van justitie. Bij bestuursrechtelijke bevoegdheden moet men denken aan toepassing van bestuursdwang, of aan het opleggen van een bestuurlijke dwangsom of een bestuurlijke boete. Afhankelijk van het moment waarop gedogen plaatsvindt kunnen we twee vormen onderscheiden:

- a. de overheid treedt niet op tegen een reeds geconstateerde overtreding;
- b. de overheid geeft reeds voordat een bepaalde overtreding plaatsvindt te kennen dat zij daartegen niet zal optreden.

In beide gevallen ziet die overheid bewust af van handhaving. Gaat het om een opsporingsambtenaar of een officier van justitie die van optreden afziet, dan spreekt men van strafrechtelijk gedogen. Is het een bestuursorgaan dat van optreden afziet, dan spreekt men van bestuurlijk gedogen. In mijn bijdrage aan deze bundel wordt de samenhang tussen bestuurlijk gedogen en strafrechtelijk gedogen nader verkend. Mijn vertrekpunt is het bestuurlijk gedogen. Ik zal een antwoord zoeken op de vraag in hoeverre die vorm van gedogen consequenties heeft voor de mogelijkheid van strafrechtelijk vervolgen.

Vragen rond het bestuurlijk gedogen

Het verschijnsel van bestuurlijk gedogen roept een aantal vragen op, zoals:

1. In welke situaties is dit gedogen geoorloofd?
2. Welke rechtsgevolgen heeft dit gedogen voor resp. het gedogende bestuursorgaan, voor degene wiens activiteiten worden gedoogd en voor derden-belanghebbenden?
3. In hoeverre heeft bestuurlijk gedogen consequenties voor de mogelijkheid van strafrechtelijk vervolgen?

Voordat ik de derde vraag uitgebreider aan de orde stel wil ik kort ingaan op de eerste twee vragen.

Voor een antwoord op de eerste vraag zou ik eigenlijk moeten kunnen verwijzen naar een in 1996 verschenen nota van het Ministerie van Justitie.² Maar

2 TK 1996-1997, 25085, nrs 1-2: nota *Grenzen aan gedogen* met begeleidende brief van de minister van Justitie.

dan zou ik de lezer met een kluit in het riet sturen. Anders dan de titel *Grenzen aan gedogen* doet vermoeden vertelt de nota ons weliswaar een heleboel over gedogen, maar niets over de grenzen ervan. We lezen er alleen dat gedogen beperkt moet blijven tot wat met een niet nader omschreven term "uitzonderingsgevallen" worden genoemd, en dat "dit (gedogen) met een aantal waarborgen (dient) te zijn omgeven om te voorkomen dat van de bevoegdheid tot gedogen lichtvaardig, onzorgvuldig en onverantwoord (gebruik) wordt gemaakt" (Pag. 34-35). Geheel in de presentatiestijl van het ministerie wordt dit niet nader toegelicht. Concrete normen vinden we wel in de notitie *Gezamenlijk beleidskader inzake het terugdringen van het gedogen van milieu-overtredingen* van de ministers van VROM en van Verkeer & Waterstaat.³ Maar die hebben, zoals de titel al aangeeft, alleen betrekking op milieu-overtredingen. De beleidsnotitie stelt dat vanaf 1995 strikte normen zouden moeten gelden. Bestuurlijk gedogen zou dan alleen nog zijn toegestaan in een beperkt aantal overmachts- en overgangssituaties, die beschreven worden op pagina 6 t/m 8 van de notitie. Van een overmachtssituatie is bijvoorbeeld sprake in geval van een storing in een afvalverwerkingsbedrijf, waardoor bij de toeleveranciers meer afval moet worden opgeslagen dan is toegestaan. Als voorbeeld van een overgangssituatie wordt het geval genoemd dat door omstandigheden die buiten de macht van de ondernemer liggen de nieuwe vergunning niet aansluitend op de oude - verlopen - vergunning kan worden verleend, en daarom zonder vergunning wordt gewerkt.

Wie buiten het terrein van milieubeleid naar grenzen van bestuurlijk gedogen wil zoeken, zal niet zo gemakkelijk een antwoord vinden. Gedogen betreft altijd een verboden situatie of handeling, maar is zelf niet verboden, althans niet per se. In beginsel heeft het bevoegde bestuursorgaan een rechtsplicht tot handhaving, maar in het algemeen ook een zekere beleidsvrijheid om tegen een verboden situatie of handeling al dan niet op te treden. In bepaalde situaties kan gedogen echter naar maatstaven van behoorlijk bestuur onredelijk, en dus onrechtmatig zijn. Gedogen kan blijken uit een weigerachtig antwoord op een verzoek tot toepassing van bestuursdwang. Zo'n antwoord is een beschikking. Belanghebbenden kunnen over de rechtmatigheid daarvan een uitspraak vragen aan de bestuursrechter. Ook kunnen ze een schadeclaim wegens bestuurlijk gedogen voorleggen aan de burgerlijk rechter. Omdat mijn bijdrage niet speciaal over de grenzen van gedogen gaat, zal ik er hier niet verder op ingaan.

Mijn tweede vraag luidde welke rechtsgevolgen bestuurlijk gedogen heeft voor resp. de gedogende overheidsinstantie, voor degene wiens activiteiten worden gedoogd en voor derden-belanghebbenden. In het voorbeeld van de Amsterdamse 'voorlopige bouwvergunning' zagen we dat B&W niet meer konden besluiten om alsnog bestuursdwang toe te passen. Een gedoogbeslissing wekt naar de overtreder toe een vertrouwen dat niet zomaar mag worden geschonden. Alleen als er bijzondere redenen zijn, bijvoorbeeld dat de overtreder 'gedoogvoorwaarden' aan zijn laars lapt, of dat bij nader inzien de gedoogde situatie te veel nadeel berokkent aan derden, kan de betrokken overheid alsnog besluiten een be-

3 TK 1991-1992, 22343, nr. 2.

stuurlijke sanctie toe te passen. In bepaalde gevallen moet die overheid dan wel overwegen om de overtreder een zekere nadeelcompensatie aan te bieden of ervan af te zien de kosten van bestuursdwang in rekening te brengen.⁴ Anderzijds is die overheid in gevallen waarin zij wel gedooft volgens de bestuursrechter verplicht te overwegen of aan derden een nadeelcompensatie moet worden toegekend.⁵ Met Tak vraag ik mij echter af, of het het niet veeleer de plicht van de (gedoogde) wetsovertreder is om als pleger van een onrechtmatige daad de benadeelde derden schadeloos te stellen.⁶

De zojuist gegeven korte behandeling van de eerste twee vragen laat zien dat *bestuurlijk gedogen* een aantal verschillende aspecten heeft.⁷ Gedogen kan tegelijkertijd een recht zijn voor de één, een onrechtmatige daad jegens de ander, en een rechtens irrelevant feit voor weer een ander. Het is goed dat we ons dat realiseren voordat we de zaak gecompliceerder maken door de derde vraag aan de orde te stellen: in hoeverre heeft bestuurlijk gedogen consequenties voor de mogelijkheid van strafrechtelijk vervolgen? Die vraag raakt de onderlinge verhoudingen binnen de overheid zelf. Na een korte rondblik in de literatuur en in de jurisprudentie zal ik proberen een praktisch toepasbare norm te formuleren.

2. Theoretische argumenten tegen strafvervolgning bij bestuurlijk gedogen

Er wordt in de bestuurspraktijk en in de literatuur regelmatig gesteld dat bestuurlijk gedogen een belemmering zou moeten zijn voor strafvervolgning. Daar wordt een aantal argumenten voor aangevoerd. De belangrijkste wil ik hier bespreken.

Het argument van de 'eenheid van bestuur'

Eén van de meest hardnekkige en tegelijk meest onzinnige argumenten voor die stelling is het argument van de zogenaamde *eenheid van bestuur*. Het zou naar het publiek toe vreemd overkomen als de overheid aan een overtreder eerst een gedoogverklaring afgeeft en hem vervolgens voor de strafrechter sleept. Deze redenering is dan verder uitgangspunt voor een beroep op het *vertrouwensbeginsel*.⁸ Dit beginsel zal in de slotparagraaf nog apart aan de orde komen.

Het argument van de 'eenheid van bestuur' is gebaseerd op de veronderstel-

4 Zie bijv. ARRvS 8 juni 1984, AB 1985, 188 en ARRvS 17 juli 1987, tB/S 1987, 117.

5 Aldus bijv. ABRvS 16 juni 1995, AB 1996, 85.

6 A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag 1997. p. 394.

7 Een overzichtelijke behandeling van de juridische vragen rond bestuurlijk gedogen geeft de dissertatie van G.T.J.M. Jurgens, *Bestuurlijk gedogen*, Zwolle 1996.

8 Zie over het beroep op het vertrouwensbeginsel G.T.J.M. Jurgens, a.w., pag. 216-219, en de D.J. van Grieken en L.E.M. Hendriks, *Strafrechtelijke consequenties van bestuurlijk gedogen*, in M&R 1992, pag. 69 e.v.

ling dat het publiek de overheid ziet of zou moeten kunnen zien als een monolitische eenheid. Maar waar is die veronderstelling eigenlijk op gebaseerd? In het gewone spraakgebruik hebben we het vaak over *de* overheid, maar net als wanneer we spreken over *het* bedrijfsleven is niemand zo naïef om te denken dat daarmee één centraal gestuurde organisatie wordt bedoeld. In de krant lezen we dagelijks berichten waaruit blijkt dat er in Nederland verschillende overheden zijn, zoals regering, parlement, gemeenten, provincies, waterschappen, rechtbanken, enzovoort. We weten allemaal dat die een eigen rol in de samenleving spelen. De ene overheid is de andere niet. Vanaf onze vroegste kinderjaren worden we al met dat gegeven vertrouwd gemaakt. Een kind staat meestal onder ouderlijk gezag van een moeder en een vader. Dat zijn dus al twee verschillende 'overheden'. Regelmatig moet het kind zich ook richten naar het gezag van andere autoriteiten, zoals grootouders en kinder-oppassers. Zodra het buitenshuis komt wordt het met nog meer 'overheden' geconfronteerd, bijvoorbeeld de politieagent op straat, de leerkracht op school, de zweminstructeur in het zwembad, of de conducteur die in de trein de kaartjes controleert. Dit soort simpele feiten zouden juristen zich moeten realiseren voordat ze gaan roepen dat 'gewone' mensen niet kunnen bevatten dat er in de samenleving verschillende overheden naast elkaar bestaan.

Ik ga nog een stap verder. Iedereen die aan het maatschappelijk verkeer deelneemt weet ook dat functionarissen van één en dezelfde overheidsorganisatie heel verschillend kunnen spreken en handelen. Natuurlijk moet je als burger er uiteindelijk achter kunnen komen wat het standpunt van de betreffende overheid is. Maar men hoeft niet meteen een verongelijkt gezicht te trekken als dat soms wat moeite en geduld kost. In de particuliere sector is het niet anders. De schaalgrootte doet er weinig toe. Wie bijvoorbeeld in een doodgewone electriciteitszaak informeert naar het aanbod van scheerapparaten, even bedenktijd neemt, en dan de volgende dag in dezelfde winkel geholpen wordt door een andere verkoper, maakt een goede kans dat hij een heel ander verhaal over dezelfde scheerapparaten te horen krijgt. Niemand die van deze wereld is zal daar echt versteld van staan. Mensen zijn nu eenmaal een groot deel van hun leven bezig met hun meederen, hun gelijken, hun minderen en - niet in de laatste plaats - zichzelf tegen te spreken. Waarom zou dat bij de overheid anders zijn of anders kunnen zijn? Bestuurders en ambtenaren zijn immers ook mensen, mogen we hopen. Dat is wel eens lastig, maar ik moet er niet aan denken dat ze allemaal hetzelfde zouden zeggen.

Behalve misschien in zeer kleine autocratisch bestuurde gemeenschappen heeft op deze wereld nooit 'eenheid van bestuur' bestaan. Fysiek zou dat ook niet mogelijk zijn. Zelfs mensen die in primitieve stamverbanden leven erkennen meerdere overheden met eigen autonome bevoegdheden: het familiehoofd, het clanhoofd, het stamhoofd, de stamvergadering, en de medicijnman of priester die het gezag van de goden en de geesten vertolkt. Toen vanaf de Karolingische tijd de stamverbanden in West- en Midden-Europa geleidelijk aan vervaagden, en in de tweede helft van de middeleeuwen een statelijke samenleving met een landsheerlijke gezagsstructuur ontstond, verschenen er vele nieuwe overheden. Behalve

Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.

door de keizer, de koning en de landsheer werd zelfstandig overheidsgezag uitgeoefend door feodale en allodiale heren, schouten, ambachtsheren, dorpsvergaderingen, rechtsprekende jurys, waterschapsbesturen, stadsbesturen, schepensbanken, gilden, belastingpachters, en tollenaars langs wegen en rivieren. En dat is nog maar een greep uit de totale hoeveelheid van wereldlijke ambten. Daarnaast was er de Kerk met een paus die pretendeerde de leenheer van keizer en koningen te zijn. De vormgeving en toepassing van het huwelijksrecht en de berechting van geloofsdelicten had de Kerk niet aan de wereldlijke overheden gedelegeerd, maar in eigen beheer gehouden.⁹ Hoewel het kerkelijk overheidsgezag van paus, bisschoppen en kloosterorden na de Reformatie in een groot aantal landen afbrokkelde of verdween, bleef de overheid zich in vele gedaanten aan de mensen presenteren.

De staatkundige ideeën die in de achttiende en de negentiende eeuw in verschillende Europese landen werden gerealiseerd brachten hierin verandering. Enerzijds werd door politieke hervormingen het aantal zelfstandige overheidsambten sterk verminderd. Maar anderzijds werd bewust een verdeling van overheidsmacht nagestreefd. Een vernieuwd systeem van checks en balances kreeg op het horizontale vlak gestalte in de vorm van een scheiding van wetgevende, rechtsprekende en uitvoerende macht. In veel landen werd daarnaast een verticale machtenscheiding vastgelegd waarin regionale en lokale overheden autonome bevoegdheden kregen of behielden. In Nederland gebeurde zowel het één als het ander. Zo leven wij thans in een soevereine staat met drie gedeeltelijk autonome bestuurslagen en op het landelijke niveau een parlementair regeringsstelsel en een onafhankelijke rechterlijke macht. Daarboven, op het niveau van de Europese Unie, zijn er nog een aantal overheden bijgekomen.

Waar komt dan toch die mythe van de 'eenheid van bestuur' vandaan? Als ik het goed zie moeten we daarvoor teruggaan naar de negentiende eeuw, toen een Pruisische bewerking van de leer van de volkssoevereiniteit op de markt werd gebracht onder de naam: leer der *staatssoevereiniteit*. Nederlandse staatsrechtgeleerden als Buijs en later ook Struycken werden erdoor aangestoken, en vanaf de twintiger jaren van deze eeuw was bijna heel staatsrechtelijk en politiek Nederland ermee besmet. De Staat (met hoofdletter) werd gezien als de hoogste expressievorm van menselijk samenleven. Om die illusie te kunnen ondersteunen moest de regering middelen hebben om haar eigen functionarissen en de lagere overheden strak in de pas te laten lopen. In de Grondwet en in de Gemeentewet werd het vernietigingsrecht van de Kroon aangescherpt. Bovendien werd vanaf de jaren twintig het recht op vrije meningsuiting voor ambtenaren sterk aan banden gelegd. Wat voor een terugslag dat laatste heeft gehad, en nog altijd heeft op de ontwikkeling van de openbaarheid van bestuur in Nederland, en dus ook op de ontwikkeling van onze democratie, heb ik beschreven in mijn dissertatie.¹⁰

9 Een verhelderend politiek-theoretisch boekje hierover is onlangs geschreven door P.H.D. Leupen: *Gods stad op aarde*, Amsterdam 1996.

10 H. Koning, *Directe democratie in Nederland*, Den Haag 1995. Zie met name de hoofdstukken 6 en 7 (*De loyaliteit van de ambtenaar, I en II*).

Het argument van de 'administratieve afhankelijkheid'

Er is nog een veel gehoord argument voor de stelling dat bij bestuurlijk gedogen niet strafrechtelijk mag worden vervolgd: het bestuurlijk gedogen betreft meestal overtredingen van normen die het gedogende bestuursorgaan zelf heeft gesteld of zou kunnen stellen. De gedragingen zouden niet strafbaar zijn als het gedogende bestuursorgaan er een vergunning voor zou verlenen. Het bestuursorgaan heeft dus eigenlijk zelf de strafbaarheid in de hand, luidt de redenering. Men spreekt in dit verband wel van een "administratieve afhankelijkheid van strafbepalingen".¹¹ Vindt het bestuursorgaan het zelf niet nodig om tegen iemand die zonder of in strijd met een vergunning handelt op te treden, dan moet het openbaar ministerie niet 'strenger in de leer' willen zijn.

Het lijkt op het eerste gezicht een plausibele redenering. Maar ze gaat alleen op in gevallen waarin een bestuursorgaan naar eigen inzicht vergunningen kan verlenen of weigeren. Dat is meestal niet het geval. Bij gelede normstelling is het weliswaar de taak van bestuursorganen om de laatste geleding van het recht te formuleren, maar zeker op gebied van het bouwrecht en het milieurecht zijn bestuursorganen daarbij in hoge mate gebonden aan rechtsnormen. Vergunningvoorwaarden formuleren of een vergunning weigeren is juridisch precisiewerk. Dat zou kunnen verklaren waarom gedogen bij bestuurders zo populair is. Gedogen is veel gemakkelijker dan zorgvuldig de vereiste wettelijke besluiten nemen. Blijven bestuurders wat dit laatste betreft in gebreke, dan mag het openbaar ministerie naar mijn mening best wat 'strenger in de leer' zijn. Want uiteindelijk pleegt degene die zonder of in strijd met een vereiste vergunning handelt een door de *wetgever* strafbaar gesteld feit. Dat bestuurders zelf als het ware dat strafbare feit uitlokken geeft hen niet het recht om te roepen dat de overtreder niet mag worden gestraft.

Het 'ultimum remedium' argument

Een derde argument voor de stelling dat bestuurlijk gedogen een belemmering zou moeten zijn voor strafrechtelijk vervolgen is het 'ultimum remedium' argument.¹² Met 'ultimum remedium' wordt in dit verband het strafrecht zelf bedoeld. Pas als het privaatrecht en het bestuursrecht geen middelen bieden om onrecht te herstellen zouden strafrechtelijke middelen mogen worden toegepast. Een overheid mag tegenover burgers geen zwaar middel toepassen als een lichter middel volstaat. En als de overheid in een bepaalde situatie zelfs het gebruik van het lichtere middel (lees: bestuursrechtelijke sanctie) niet nodig vindt, is er al helemaal geen reden om het zware middel (lees: strafrechtelijke sanctie) toe te passen.

Ook hier weer is sprake van een argument dat op het eerste gezicht heel plausibel lijkt. Maar eigenlijk staat of valt het met de juistheid van de veronderstelling dat privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties voor de burger in het algemeen lichter zijn dan strafrechtelijke sancties. Voorbeelden van het tegendeel

11 Zie ook G.T.J.M. Jurgens, a.w., pag. 214.

12 Van Grieken en Hendriks vermelden in hun bijdrage in M&R 1992 (pag. 68) dat het 'ultimum remedium' standpunt veel aanhang heeft verloren.

liggen in onze samenleving voor het oprapen. Zo zal een boekhouder die geld van zijn baas heeft verduisterd of een corrupte ambtenaar zwaarder worden getroffen door ontslag (d.w.z. een privaatrechtelijke resp. bestuursrechtelijke sanctie) dan door een geldboete of een aantal uren dienstverlening. Op terreinen als bouwrecht en milieurecht ligt het nog duidelijker. Sluiting of stillegging van een bedrijf wordt daar in de meeste gevallen als een veel zwaarder middel ervaren dan een strafrechtelijke boete. Die wordt betaald en daarna kan men weer overgaan tot de orde van de dag. Ook is de defamerende werking van een strafrechtelijke veroordeling veel minder dan vroeger nu delicten vaak niet meer het traditionele strafrecht betreffen, maar in het bijzondere bestuursrecht zijn geregeld.

Trouwens, los van zwaartekrachtmetingen valt er op het 'ultimium remedium' argument nog wel wat af te dingen. Ik heb er hierboven al op gewezen dat de ene overheid de andere niet is. Een gemeentebestuur, een provinciebestuur of een ministerie van VROM is iets ander dan het openbaar ministerie. Elk van die overheden heeft eigen taken en eigen middelen, en dus eigen verantwoordelijkheden. Het geeft geen pas om te zeggen dat, als de ene overheid niets aan een probleem doet, alle andere overheden er dan ook maar niets aan moeten doen. Bovendien moeten we ons realiseren, dat met de ene soort sancties een ander *doel* wordt gediend dan met de andere soort. Bestuurlijke sancties hebben, met uitzondering van de bestuurlijke boete, als doel de wettige toestand te herstellen of te verzekeren. Strafrechtelijke sancties hebben als doel de dader te straffen.¹³ Bij een keuze uit sancties moet een overheid zich dus de vraag stellen welk *doel* zij wil dienen. Dan kan het zinvol blijken om een wetsovertreder enerzijds zijn activiteiten te laten voortzetten, althans voorlopig, en hem anderzijds toch strafrechtelijk aan te pakken? Stel bijvoorbeeld, dat een bedrijf zonder de vereiste milieuwetvergunning afvalwater loost. Omdat onmiddellijke stillegging buitenproportioneel zou zijn is het zuiveringschap bereid de lozingen voor zes maanden te gedogen; gelet op de normale bestel- en inbouwtijd van een zuiveringsinstallatie kan het afvalwater daarna gezuiverd worden afgevoerd. Vast staat dat het bedrijf zelf nalatig is geweest in de naleving van de betreffende milieuvoorschriften: het had al veel eerder de zuiveringsinstallatie kunnen laten inbouwen. Waarom zou het bedrijf dan voor die verwijtbare en strafbare gedraging niet vervolgd mogen worden?¹⁴

Het 'ne bis in idem' argument

Het 'ne bis in idem' argument speelt met name bij de mogelijkheid van oplegging van een bestuurlijke boete. In tegenstelling tot andere bestuurlijke sancties, zoals bestuursdwang en de bestuurlijke dwangsom, heeft de bestuurlijke boete niet tot doel de wettige toestand te herstellen of te verzekeren, maar om de wetsovertreder te straffen. Dat gebeurt doordat een bestuursorgaan hem een boete

13 Straffen is leed toevoegen. Over het *waarom* van straffen bestaan verschillende theorieën: vergelding, afschrikking (algemene en/of individuele preventie), etc. Die kunnen in deze bijdrage buiten beschouwing blijven.

14 Dit is ook de strekking van de opinie van A. de Lange: *Bestuurlijk seponeren*, in NJB 1996, pag. 1898-1899.

oplegt. In het belastingrecht is dit al sinds jaar en dag gebruikelijk, en op andere terreinen, zoals het wegenverkeersrecht, het mediarecht en het sociaal-zekerheidsrecht is de bestuurlijke boete in opmars.

Bij een groot deel van de verkeersovertredingen functioneert deze wijze van bestraffing nu al enige jaren op grond van de Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften. Opsporingsambtenaren kunnen op grond van deze wet een bestuurlijke boete opleggen. Beroep daartegen staat open bij de officier van justitie, en daarna nog bij de kantonrechter, die in voorkomende gevallen als bestuursrechter optreedt. In artikel 2 lid 1 van genoemde wet wordt voor overtredingen die binnen het bereik van deze wet vallen de toepassing van voorzieningen van strafrechtelijke of strafvorderlijke aard uitgesloten. Daarmee wordt op een simpele manier voorkomen dat voor één en hetzelfde feit een bestuurlijke boete en een strafrechtelijke sanctie worden opgelegd.

In het belastingrecht en het sociaal-verzekeringsrecht is voor een andere methodiek gekozen om de 'ne bis in idem' problematiek te vermijden: als na oplegging van een bestuurlijke boete de strafrechter een uitspraak doet, dan vervalt na het onherroepelijk worden van die uitspraak de bestuurlijke boete. Hoewel er slechts één straf wordt voltrokken, heeft deze methodiek als nadeel dat de dader wel twee keer met een 'strafprocedure' wordt geconfronteerd. Een ander nadeel is dat gelijkwaardige rechters tegen elkaar kunnen worden uitgespeeld: een door de bestuursrechter in orde bevonden boete kan door de strafrechter teniet worden gedaan.

Is er niets geregeld om de samenloop van bestuursrechtelijke boete en strafrechtelijke vervolging te ondervangen, dan zou men met een beroep op het 'ne bis in idem'-verbod kunnen betogen dat een strafvervolging niet meer mogelijk is zodra het bestuur een boete heeft opgelegd. Het is de vraag of aldus de bestuurlijke boete niet precies het tegenovergestelde effect krijgt van wat de wetgever ermee beoogde. In plaats van een extra middel om wetsovertreders aan te pakken wordt er een belemmering gecreëerd voor gewone strafrechtelijke vervolging. Daar kan misbruik van worden gemaakt. Een gemeentebestuur zou aldus een plaatselijke ondernemer die milieu-delicten begaat kunnen 'helpen' door hem een extreem lage boete op te leggen. Het is zelfs de vraag of strafvervolging nog mogelijk is als een bevoegd bestuursorgaan *expliciet* besloten heeft om helemaal geen bestuurlijke boete op te leggen. We hebben dan te maken met een vorm van bestuurlijk gedogen die misschien op één lijn kan worden gesteld met 'afzien van vervolging'. Het in artikel 68 Sr neergelegde 'ne bis in idem'-verbod zal geen probleem opleveren, omdat de term 'vervolgen' in dat artikel strikt strafrechtelijk wordt uitgelegd. Maar het Zevende Protocol bij het EVRM formuleert in artikel 4 ook een 'ne bis in idem'-verbod. Het is denkbaar, en naar mijn mening ook wel wenselijk, dat het Hof in Straatsburg aan dit verbod een ruimere strekking zal geven.¹⁵

15 Zie over deze problematiek ook P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen 1990, pag. 568 e.v. Het protocol is nog niet geratificeerd.

Al met al vind ik het 'ne bis in idem' argument vooral een argument om niet lichtvaardig bestuurlijke boete-bevoegdheden te creëren. De roep van bestuurders om dit soort bevoegdheden is vaak te herleiden tot een combinatie van onwetendheid en zelfoverschatting. Onwetendheid, omdat men niet beseft wat er voor komt kijken om met inachtneming van elementaire beginselen van een eerlijk proces strafrechtelijk maatwerk te leveren. Zelfoverschatting, omdat men meent dat men zelf zaken sneller en efficiënter kan afhandelen dan vervolgingsambtenaren en strafrechters. De bestuurlijke boete in het wegenverkeersrecht vind ik wel aanvaardbaar. Het gaat daarbij om betrekkelijk eenvoudige, niet te zware delicten, die massaal worden gepleegd. Bovendien worden de boetes opgelegd en gecontroleerd door autoriteiten die altijd al met de strafrechtspleging waren belast.¹⁶ Ook bij eenvoudige belastingdelicten, zoals het niet-betalen van wegenbelasting, heb ik niet veel moeite met de mogelijkheid van een bestuurlijke boete. Maar bij wetsovertredingen die om een op de persoon van de dader toegesneden strafmaatregel vragen vind ik die mogelijkheid eigenlijk niet aanvaardbaar.¹⁷

3. Enkele uitspraken van de strafrechter en de bestuursrechter

Hoewel, zoals we zagen, door bestuurders en wetenschappers wel wordt beweerd dat bestuurlijk gedogen een belemmering zou moeten zijn voor strafvervolgning, kijkt de strafrechter daar toch anders tegenaan. Deze behandelt een hem voorgelegde zaak op basis van de voor- en hoofdvragen van de artikelen 348 en 350 Sv. Een gedoogsituatie betreft hij achtereenvolgens bij de beantwoording van de vraag of de officier van justitie ontvankelijk is, of het feit zelf danwel de dader strafbaar is, en in hoeverre het gedogen moet meewegen bij het vaststellen van de strafmaat. Ik zal dit illustreren met voorbeelden uit de rechtspraak.

De eigen verantwoordelijkheid van het OM

Wat de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie betreft is van belang de uitspraak van de Hoge Raad van 17 december 1985 (NJ 1986, 591) inzake de strafvervolgning van DSM. Dit bedrijf had de staatssecretaris van (destijds) het ministerie van Volksgezondheid en Milieuhygiene een ontheffing gevraagd voor activiteiten die op grond van de Wet chemische afvalstoffen verboden waren. De staatssecretaris weigerde de ontheffing te verlenen, en deelde daarbij mee dat de

16 Een aantal strafrechtjuristen ziet dat ook wel als een nadeel. Zie voor een overzicht G.J.M. van den Biggelaar, *De buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten door het openbaar ministerie*, Arnhem 1994, pag. 133.

17 Wie graag kennis zou nemen van een veel positiever standpunt over de bestuurlijke boete verwijs ik naar het VAR-preadvies van J.T.K. Bos, getiteld *De bestuurlijke boete, raakvlakken van bestuurs- en strafrecht*. Een genuanceerder standpunt wordt ingenomen door F.C.M.A. Michiels in zijn VAR-preadvies *Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling*. Beide preadviezen zijn gepubliceerd als VAR-reeks 114, Alphen a/d Rijn 1995.

weigering "pas van kracht zou worden zodra de beslissing op een tijdig in te dienen beroepschrift onherroepelijk zou zijn geworden". Op grond van deze mededeling meende DSM dat de verboden activiteiten tot zo lang ook strafrechtelijk zouden worden gedoogd. Toen het bedrijf toch werd vervolgd bleek het Hof dezelfde mening als DSM te zijn toegedaan. Het Hof vond in dit geval strafvervolgning niet verenigbaar met "beginselen van een behoorlijke procesorde, inhoudende dat een gerechtvaardigd bij de verdachte gewekt vertrouwen [...] niet wordt beschaamd". De officier van justitie werd niet ontvankelijk verklaard. Maar de Hoge Raad casseerde deze uitspraak. Hij motiveerde de gegrondverklaring van het door de PG voorgestelde middel aldus:

"Immers, ook indien moet worden aangenomen, gelijk het hof klaarblijkelijk doet, dat in vorenbedoelde toezegging van de minister of staatssecretaris van Volksgezondheid en Milieuhygiene een belofte besloten ligt dat tegen de verdachte ter zake geen strafvervolgning zal worden ingesteld, gaat het hof uit van de onjuiste opvatting dat een dergelijke toezegging van een niet voor het strafvervolgingsbeleid verantwoordelijk overheidsorgaan het vertrouwen zou mogen rechtvaardigen dat het OM zou zijn verstoken van het recht om ter zake alsnog tot strafvervolgning tegen de verdachte over te gaan".

In zijn noot onder het arrest reageerde Van Veen instemmend op de uitspraak van de Hoge Raad. "Het belang van deze beslissing is, dat hiermee de eigen verantwoordelijkheid van het OM duidelijk wordt onderstreept", schreef hij en voegde daaraan toe: "Heel scherp wordt zo ook zichtbaar hoever het OM in het zgn. driehoeksoverleg kan gaan en wat andere partners van zulk overleg mogen verwachten. Beslissingen over vervolging kunnen wel na, maar niet in overleg worden genomen. Andere diensten zouden omtrent het al dan niet vervolgen dan ook geen verwachtingen mogen wekken".

Vervolg op verzoek (Art. 12 Sv)

De strafrechters zijn daarna gastvrijer geworden voor actieve officieren van justitie die door het bestuur gedoogde delicten willen vervolgen. Maar anderzijds wordt soms ook merkwaardig veel begrip getoond voor OvJ's die in dergelijke situaties liever de andere kant uit kijken. Dat blijkt met name bij de behandeling van artikel 12 (Sv)-verzoeken. Een voorbeeld daarvan vinden we in een uitspraak van het gerechtshof van Den Bosch van 25 juni 1992 (M&R 1992, 116). Daarin werd een verzoek van een milieustichting uit de gemeente Heel afgewezen om een bedrijf te vervolgen dat zich zonder de vereiste vergunningen bezig hield met het bewaren en verwerken van chemische afvalstoffen. Voor de volledigheid had de stichting het Hof ook verzocht de vervolging van de Provincie Limburg en van het Zuiveringschap Limburg te bevelen; de provincie wegens medeplichtigheid aan (lees: gedogen van) overtreding van de Afvalstoffenwet, en het zuiveringschap wegens medeplichtigheid aan (lees: gedogen van) overtreding van de Wet verontreiniging oppervlaktewater.

De OvJ te Roermond had in zijn ambtsbericht geschreven, dat de milieu-stichting kennelijk uit was op onmiddellijke stopzetting van de bedrijfsactivitei-

Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.

ten; maar door een strafrechtelijke vervolging zou "de problematiek rond het bedrijf niet worden opgelost". Het Hof constateerde aan de hand van deze en andere informatie dat er kennelijk sprake was van een overgangssituatie, waarbij de provincie aan het bedrijf termijnen had gesteld om aan de voorschriften te voldoen. "(A)lhoewel het bedrijf zich op dit moment vermoedelijk schuldig maakt aan overtreding van de Afvalstoffenwet is een vervolging thans niet opportuun", meende het Hof. De overtreding van de WVO was in de ogen van het Hof geen "strafbaar handelen", want het zuiveringschap had er "in alle redelijkheid" een expliciete gedoogverklaring voor afgegeven.

Van "medeplichtigheid" van de provincie aan de overtreding van de Afvalstoffenwet was geen sprake, vond het Hof, want door aan het bedrijf termijnen te stellen had de provincie "voldoende ernst" gemaakt met het bevorderen van de naleving van de bij de vergunning gestelde voorwaarden. Daarom liet het Hof de stelling van de OvJ, dat volgens de geldende jurisprudentie een overheid die handelt in het kader van een wettelijke taak niet strafrechtelijk mag worden vervolgd, buiten beschouwing. En het zuiveringschap was naar de mening van het Hof al helemaal niet "medeplichtig", omdat vanwege de gedoogverklaring de overtreding zelf geen "strafbaar handelen" meer was.

Hoewel stadsheer Frederik Hendrik indertijd de moerassen rond Den Bosch al heeft laten droogmalen, zien de raadsheren daar toch kans te demonstreren hoe gemakkelijk juristen kunnen wegzakken als ze hun referentiekader kwijt zijn. Stelt een bestuursorgaan de wetsovertreder een termijn onder aanzegging van een dwangmaatregel dan is er, aldus het Hof, geen reden meer voor strafvervolging. En geeft het bestuursorgaan "in alle redelijkheid" een gedoogverklaring af, dan is er ook geen reden voor strafvervolging, want dan is er zelfs geen sprake van "strafbaar handelen". Blijven er nog twee mogelijkheden over: de overheid geeft een onredelijke gedoogverklaring af, of zij gedooft de overtreding stilzwijgend. Had het Hof zich ook daarover kunnen uitspreken, dan had het wellicht het standpunt van de OvJ overgenomen, dat strafvervolging niet opportuun is als daardoor niet "de problematiek zou worden opgelost". Kortom, als bij alle wetsovertredingen ook een bestuursrechtelijke gedoogvraag zou spelen, dan zouden de parketten in Noord-Brabant en Limburg kunnen worden opgeheven.

Beter te begrijpen was de formulering die het gerechtshof van Den Haag op 19 november 1996 hanteerde bij de afwijzing van een artikel 12-verzoek (M&R 1997, 64). Het hof erkende dat de vervolging *niet opportuun* was. De overtreder had na het verstrijken van de termijn waarvoor de oude vergunning was verleend niet tijdig een nieuwe vergunning gekregen door omstandigheden die in hoofdzaak aan de zijde van de vergunningbevoegde instantie moesten worden gezocht.

De 'gekwalficeerde' gedoogtoestemming

"Ik moet de eerste veroordeling voor handelen zonder vergunning, maar met een gekwalficeerde gedoogtoestemming, nog onder ogen krijgen", schreef Van Buuren in 1991. Onder een 'gekwalficeerde' gedoogtoestemming verstaat hij een expliciete gedoogverklaring in het vooruitzicht en de verwachting van de

Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.

verstrekking van de benodigde vergunning.¹⁸ Misschien is Van Buuren inmiddels een ervaring rijker. In elk geval is het transportcentrum *Westpoint* te Amsterdam een boete van honderdduizend gulden armer geworden na een uitspraak in hoger beroep van de strafkamer van het Amsterdamse gerechtshof van 12 maart 1997 (JB 1997, 174). Bij vonnis van 5 maart 1996 (AB 1996, 232) had de rechtbank van Amsterdam *Westpoint* zelfs tot een boete van één miljoen gulden veroordeeld op grond van de WED en de Wet milieubeheer, wegens op- en overslag van stukgoederen zonder milieuwetvergunning. Het ging daarbij weliswaar niet om een schoolvoorbeeld van een 'gekwalficeerde' gedoogtoestemming; de gemeente Amsterdam had het bedrijf de toestemming al gegeven voordat de milieuwetvergunning was aangevraagd. Maar vanaf het moment dat de aanvraag was ingediend (16 december 1994) kon de gedoogtoestemming in de terminologie van Van Buuren toch wel als 'gekwalficeerd' worden beschouwd, temeer omdat zelfs de rijksinspecteur voor milieuhygiene geen milieubezwaren wist aan te voeren.¹⁹ De vergunning werd in november 1995 ook daadwerkelijk verleend. Toch werd *Westpoint* in het strafvonnis van 5 maart 1996 niet alleen beboet voor de bedrijfsactiviteiten die vóór de indiening van de vergunning-aanvraag hadden plaatsgevonden, maar expliciet ook voor die van daarna.

De rechtbank vond de gedoogbeschikking niet voldoende om een beroep op het vertrouwensbeginsel te honoreren en de OvJ niet ontvankelijk te verklaren. Bij dat oordeel heeft misschien meegespeeld dat de gedoogsituatie op gespannen voet stond met het de notitie *Gezamenlijk beleidskader inzake het terugdringen van het gedogen van milieu-overtredingen* van de ministers van VROM en van Verkeer en Waterstaat. De rechtbank verwierp ook het verweer dat een gedoogbeschikking een "rechtvaardigingsgrond" oplevert. Want de gemeente zou het dan "in de hand hebben om, om haar moverende redenen, langs indirecte weg de door de wetgever beoogde strafbaarheid te frusteren". Ook het beroep van *Westpoint* op "overmacht als noodtoestand" werd door de rechtbank verworpen "nu verdachte, zo er al sprake zou zijn van een noodtoestand, mede door eigen toedoen in de hier bedoelde situatie is geraakt". Het bedrijf had zich namelijk pas vrij laat gerealiseerd dat het voor zijn activiteiten een milieuwetvergunning nodig had. Het Amsterdamse hof gaf de rechtbank in alle opzichten gelijk, behalve ten aanzien van de strafmaat. Die werd verlaagd.

De rechtbank wilde door het opleggen van zo'n zware boete de Gemeente Amsterdam treffen. Die was behalve gedoger ook aandeelhouder van *Westpoint*. Het gerechtshof vond dat geen zuivere gedachte, en verminderde daarom de boete, maar liet voor het overige het rechtbankvonnis in stand. Daarin was de gedoogsituatie stelselmatig betrokken bij de beantwoording van de vragen van 348 en 350 Sv. Rechtbank en hof bepaalden dus dat aan de hand van eigen criteria of de gedoogsituatie strafrechtelijk relevant was.

18 P.J.J. van Buuren, *Gedogend besturen in het milieurecht*, M&R 1991, m.n. pag. 74 en 75.

19 Dat was eerder gebleken bij de behandeling van het schorsingsverzoek dat de rijksinspecteur had ingediend, maar dat door de VzABR was afgewezen (VzABR 10 maart 1995, AB 1995, 464).

De ontvankelijkheid van het OM bij de bestuursrechter

Net als de strafrechter beslist ook de bestuursrechter aan de hand van eigen criteria. Maar als officieren van justitie toegang tot deze rechter vragen is de gastvrijheid soms ver te zoeken. Een voorbeeld daarvan biedt de uitspraak van VzABR van 1 november 1995 (JB 1995, 332). Wat was er aan de hand? In milieuwetvergunningen worden vaak controle-voorschriften opgenomen, d.w.z. voorschriften die moeten worden nageleefd om controle op de vergunningplichtige activiteiten mogelijk te maken; voorbeeld: een bedrijf mag zijn afvalwater alleen op het oppervlaktewater lozen via een leiding waarin een meetpunt aanwezig is. Zo'n voorschrift was ook terechtgekomen in de vergunning van het chemische bedrijf dat we hierboven al eerder voor het Bossche gerechtshof zijn tegengekomen in een artikel 12 (Sv)-procedure. Op verzoek van het bedrijf had de VzABR in een voorlopige voorzieningen-procedure juist dit voorschrift in de vergunning geschorst. De OvJ van Roermond verzocht nu als "belanghebbende" in de zin van art. 8:87 Awb om wijziging van de voorziening. Maar de OvJ werd niet-ontvankelijk verklaard. Gelet art. 1:6 sub a in relatie tot 1:2 lid 1 en 2 Awb vond de VzABR dat de "ingevolge het strafrecht opgedragen taken geen grondslag vormen voor het kunnen optreden als belanghebbende". Evenals annotator Seerden in de JB ben ik van mening dat de voorzitter hier de plank mislaat. De reden zou ik iets anders willen formuleren: in art. 1:6 sub a (jo 1:2) Awb wordt niet ontkend dat het openbaar ministerie "belanghebbende" is bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten, maar wordt de Awb buiten toepassing verklaard ten aanzien van opsporings- en vervolgingshandelingen. Die waren in de voorzieningen-procedure echter niet aan de orde.²⁰

Bestuursambtenaar met opsporingsbevoegdheid

Tot slot geef ik hier een uitspraak van de Hoge Raad van 11 februari 1997 (NJB 1997 pag. 499-500) Deze betreft een strafzaak op basis van een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar van Rijkswaterstaat. Dat is een ambtenaar die werkzaam is in de bestuursdienst en daarbij opsporingsbevoegdheid heeft, d.w.z. de bevoegdheid om een strafrechtelijk proces-verbaal op te maken. Als bestuursambtenaar had hij een aantal lozingsovertredingen bij een bedrijf geconstateerd, maar hij had er nooit proces-verbaal van opgemaakt. Toen de overtredingen zich bleven herhalen had hij dat op een gegeven moment bij een nieuwe overtreding wel gedaan. Op basis daarvan werd het bedrijf strafrechtelijk vervolgd. Het bedrijf betwistte de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie door te stellen dat de ambtenaar, door het 'gedogen' van vorige overtredingen, het vertrouwen had gewekt dat er niet strafrechtelijk zou worden opgetreden. Volgens de Hoge Raad ging het in essentie om de vraag of het openbaar ministerie, door het enkele feit dat het eerdere overtredingen niet had vervolgd,

20 In zijn *Hoofddijnen van het Nederlands bestuursprocesrecht*, Zwolle 1995, pag. 100-101, zet A.Q.C Tak overigens wel vraagtekens bij de keuze van de Awb-wetgever om in art. 1:2 ook bestuursorganen onder de definitie van 'belanghebbende' te laten vallen.

het gerechtvaardigde vertrouwen had gewekt dat ook in toekomstige gevallen geen vervolging zou worden ingesteld. "Zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting" kon het Hof die vraag ontkennend beantwoorden, vond de HR. Daarom werd het beroep op niet-ontvankelijkheid afgewezen. Toch wordt hier naar mijn mening zichtbaar, dat de combinatie van bestuursambtenaar en opsporingsambtenaar in één persoon voor de burger een onduidelijke situatie schept.

4. Een spectrum van sancties

Onze samenleving kent een grote schakering van sancties op onmaatschappelijk gedrag van burgers en ondernemingen. Juristen denken daarbij onwillekeurig al gauw dat de juridische sancties het meest ingrijpend zijn. En naar traditionele opvatting vormen de privaatrechtelijke sancties dan de lichtste, en de strafrechtelijke sancties de zwaarste categorie. De bestuursrechtelijke sancties zouden daar ergens tussenin zitten. Het is de vraag of deze voorstelling van zaken reëel is. Een consumentenboycot van Shell wegens het willen dumpen van afgedankte olieplatforms op de bodem van de oceaan kan dit bedrijf veel harder treffen dan welke strafrechtelijke boete ook. En dan hebben we het alleen nog maar over een private sanctie, niet eens over een privaatrechtelijke. Bovendien heb ik in paragraaf 2 voorbeelden genoemd van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties die *harder* aankomen dan strafrechtelijke. De stelling dat privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties de voorkeur verdienen boven strafrechtelijke, omdat deze laatste meer belastend voor de burgers zouden zijn, getuigt dan ook van een pseudo-*verlichte* visie.

In het verlengde daarvan komen we in de bestuurspraktijk en in de juridische literatuur ook de stelling tegen dat het openbaar ministerie moet afzien van vervolging als het tot handhaving bevoegde bestuursorgaan gedooft. Deze stelling wordt onderbouwd met een scala van argumenten. Ik heb er hierboven een aantal genoemd en besproken: het argument van de 'eenheid van bestuur', het argument van de 'administratieve afhankelijkheid', het 'ultimum remedium' argument, en zelfs het 'ne bis in idem' argument. Uiteindelijk snijden ze naar mijn mening geen van alle hout.

De 'gekwalficeerde' gedoogtoestemming bestaat niet.

Van Buuren vindt dat strafbaarheid ontbreekt als er sprake is van wat hij noemt: een 'gekwalficeerde' gedoogtoestemming; dat wil zeggen: een expliciete gedoogverklaring in het vooruitzicht en de verwachting dat de benodigde vergunning zal worden verstrekt. Als een natuurlijke persoon of een bedrijf zonder vergunning maar met zo'n gedoogverklaring op zak handelt, dan is weliswaar aan de delictsomschrijving voldaan, maar zou de 'materiële wederrechtelijkheid' ontbreken. Analooq aan het *Veearts-arrest* (HR 20 februari 1933, NJ 1933, 918) zou die persoon of dat bedrijf dan vrijuit moeten gaan. Deze redenering is kennelijk ook gevolgd in de eerder door mij bekritiseerde uitspraak van het Hof van Den Bosch van 25 juni 1992. Daarin werd geconstateerd dat er bij een chemisch bedrijf geen sprake was van "strafbaar handelen" omdat het

Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.

zuiveringschap "in alle redelijkheid" een expliciete gedoogverklaring had afgegeven.

Naar mijn mening is Van Buuren's formule voor een 'gekwalficeerde gedoogtoestemming' geen gelukkige vondst. Want er zijn drie mogelijkheden:

- ofwel is het in de gegeven situatie niet vanzelfsprekend dat er een vergunning zal worden verleend; van een 'gekwalficeerde' gedoogverklaring kan dan geen sprake zijn;
- ofwel is duidelijk dat een vergunning zal worden verleend, maar niet precies wat daarbij de voorschriften of de voorwaarden zullen zijn; met name bij milieuwetvergunningen vormen die voorschriften en voorwaarden echter de *kern* van de vergunning en bij andere vergunningen zijn het in elk geval belangrijke bestanddelen; zolang daar geen duidelijkheid over bestaat is het niet juist om van een 'gekwalficeerde' gedoogtoestemming te spreken.
- ofwel is zonneklaar dat de vergunning zal worden verleend en wat daarbij de voorschriften en voorwaarden zullen zijn; het verlenen van een echte vergunning zal dan niet meer tijd hoeven kosten dan het op schrift stellen van een 'gekwalficeerde' gedoogtoestemming; anders gezegd: de figuur van gedoogtoestemming is dan niet nodig;

Conclusie: een gedoogtoestemming die het predicaat 'gekwalficeerd' verdient is in de praktijk óf ondenkbaar, óf overbodig. Iets heel anders is, dat een gedoogde gedraging soms zelf gerechtvaardigd of verontschuldigd wordt door een noodweer- of overmachtsituatie. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als bij onmiddellijk overstromingsgevaar een rivierdijk zonder aanlegvergunning wordt verzwaaard. Maar in zo'n geval wordt de strafbaarheid opgeheven door die overmachtsituatie, niet door de gedoogverklaring.

Het vertrouwensbeginsel

Nu ik om bovengenoemde redenen het standpunt heb ingenomen dat een bestuurlijke gedoogbeslissing eigenlijk nooit de strafbaarheid van een gedraging kan opheffen, wil ik nog een paar opmerkingen maken over de *ontvankelijkheid* van het openbaar ministerie. Daarmee wordt dan meteen mijn in paragraaf 2 gedane belofte ingelost om het *vertrouwensbeginsel* nog aan de orde te stellen.

Als bestuursorganen gedogen, dan mogen wetsovertreders erop vertrouwen dat het openbaar ministerie ook zal gedogen, wordt door bestuurders en ook in bestuursrechtelijke literatuur wel bepleit. De overheid zou moeten voldoen aan een verwachtingspatroon dat gebaseerd is op het beginsel van de *eenheid van bestuur*. We hebben echter in de DSM-zaak en in de Westpoint-zaak gezien, dat de strafrechter niet veel compassie heeft met verdachten die op basis van een bestuurlijke gedoogbeslissing vertrouwden dat zij niet vervolgd zouden worden. En terecht, heb ik beweerd. De eenheid van bestuur is een mythe die in het recht meer kwaad dan goed doet. Het openbaar ministerie heeft een *eigen verantwoordelijkheid*, benadrukte de Hoge Raad in de zojuist genoemde zaken. De Raad ziet in het spectrum van het recht dus verschillende kleuren. Er zijn echter - situaties waarin die kleuren moeilijk te onderscheiden zijn. Die kunnen zich voordoen als toezichthoudende bestuursambtenaren tegelijk 'opsporingsbevoegdheid' hebben. We zitten dan eigenlijk op de grens van bestuursrechtelijk en

Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.

strafrechtelijk optreden. Op de terreinen van het bouwrecht en milieurecht hebben we dikwijls met die grens te maken. Voor een wetsovertreder kan het dan onduidelijk zijn welke pet een ambtenaar draagt als hij staat te gedogen. Als dat kennelijk de pet van een opsporingsambtenaar is, dan kan de overtreder wel een beroep op het vertrouwensbeginsel doen. De vergelijking gaat dan op met een aan de Hoge Raad voorgelegde zaak waarin een parkeerwachter had beloofd geen proces-verbaal te zullen opmaken, maar het daarna toch deed (HR 19 september 1988, NJ 1989, 379).

Het gedogen van een overtreding betekent intussen niet, dat men erop mag vertrouwen dat een herhaling van diezelfde overtreding ook zal worden gedoogd. Dat bleek uit de eerder gememoreerde uitspraak van de Hoge Raad van 11 februari 1997, NJB 1997 pag. 499-500.

Eenheid van recht

Het recht heeft verschillende kleuren. Zo is het bestuurlijk handhavingsrecht van een andere kleur dan het strafrechtelijk handhavingsrecht. Dat hoeft aan de eenheid van het recht geen afbreuk te doen. Het bestuur bepaalt vanuit zijn eigen taakstelling of bij wetsovertredingen bestuursrechtelijke sancties moeten worden toegepast of achterwege moeten blijven. Tegelijkertijd beziet het openbaar ministerie vanuit zijn verantwoordelijkheid of bij diezelfde overtredingen naar oplegging van een strafrechtelijke sanctie moet worden gestreefd. Het bestuur moet bij de bestuursrechtelijke regels die het toepast recht doen aan de bedoeling, aan de strekking van die regels. Het openbaar ministerie moet recht doen aan de strekking van het strafrecht. Als beide overheden de rechtens juiste beslissingen nemen, dan is de *rechtseenheid* gewaarborgd, tenzij bepaalde bestuursrechtelijke voorschriften niet te verenigen zouden zijn strafrechtelijke voorschriften. In dat geval moeten die voorschriften met elkaar in harmonie worden gebracht.

Neemt de ene overheid een beslissing van een bepaalde strekking, dan is de eenheid van *bestuur* er misschien wel mee gediend dat de andere overheid een beslissing van dezelfde strekking neemt. Maar met eenheid van *recht* heeft dat niets te maken. Integendeel! De *rechtseenheid* in Nederland wordt er bepaald niet door bevorderd als het openbaar ministerie van vervolging moet afzien omdat B&W van Ritselwoude een illegale camping gedogen, of omdat hun ambtgenoten van Blundervoort niet weten hoe ze een milieuvervuilend bedrijf moeten aanpakken? Juist de eis van rechtseenheid brengt met zich mee dat het openbaar ministerie in zijn vervolgingsbeleid niet gehinderd wordt door andere overheden.

In de fraai uitgegeven nota's die bij de ministeries verschijnen en ook in de bestuursrechtelijke literatuur wordt naar mijn mening ongezond veel waarde gehecht aan het beginsel van de eenheid van *bestuur*. In de eerder genoemde nota *Grenzen aan gedogen* van het ministerie van Justitie wordt eerst toegegeven dat het OM in zijn vervolgingsbeslissing niet gebonden is aan de gedoogbeslissing van het bestuur (pag. 24). Maar op de volgende pagina wordt die ongebonden beslisbevoegdheid in een dubbele verwurging vastgeklemd:

"Gedoogbeschikkingen met betrekking tot milieu-overtredingen worden door het bestuur doorgaans vooraf ter kennis van het OM gebracht. Bij het

Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.

uitblijven van reactie mag door het bestuur dan worden aangenomen dat het OM het voorgenomen gedoogbesluit verenigbaar acht met het gemeenschappelijk beleidskader van VROM en V&W, in welk geval het OM zich terughoudend opstelt ten aanzien van het instellen van vervolging."

Waarom zou het OM een boodschap moeten hebben aan het gemeenschappelijk gedoogbeleid van VROM en V&W? (Ook al hebben IPO, VNG en Unie van Waterschappen daar hun instemming mee betuigd.) En waarom denkt zelfs de minister van Justitie, dat men bij het OM niets beters te doen heeft dan met voorrang te reageren op de gedoogbeslissingen die men krijgt toegezonden van de rijksdiensten en de lagere overheden? Het virus van de eenheid van bestuur is nog altijd niet onder controle. Als we ons daar eerst eens van bewust worden, dan kunnen we misschien met meer succes gaan nadenken over het bevorderen van de *rechtseenheid*.

4 november 1997

(Auteursrechten voorbehouden)